

## DOUTRINA

### A Revisão Judicial das Leis nos Estados Unidos (1)

*SUMARIO: Antecedentes históricos dessa faculdade da justiça norte-americana — A Constituição Americana e a competência do judiciário — As discussões e pontos de vistas defendidos no Congresso Constituinte — O litígio entre Marbury e Madison e a decisão da Corte Suprema — O conceito Marshall — O funcionamento da revisão judicial — Efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei — O controle do Executivo e do Legislativo sobre o Judiciário — Os conflitos havidos entre o Judiciário e o Executivo e o Legislativo — O ponto capital da reação contra a revisão judicial das leis nos EE.UU.*

A. N. CHRISTENSEN  
Advogado nos Estados Unidos

Um dos aspectos mais discutidos do sistema governamental dos Estados Unidos é a faculdade que a justiça tem de declarar a inconstitucionalidade de atos dos poderes executivo e legislativo. Em certos períodos da história esse desacôrdo foi muito violento, e, como se sabe, houve casos em que as diferenças de opinião entre o poder judicial, por uma parte, e o legislativo ou o executivo, por outra, foram muito profundas.

Muitos dos melhores livros e monografias sobre o sistema governamental norte-americano se escreveram para tratar desse problema. Nuns se recalca a força inerente ao poder judicial, e o problema é encarado do ponto de vista segundo o qual a revisão judicial é ou não compatível, em

(1) Conferência pronunciada no dia 17 de novembro de 1947 na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de San Carlos, Guatemala, de cuja revista, com a devida vênia, traduzimos o trabalho.

essência, com os princípios da forma democrática de governo. Noutros se focalizam a revisão judicial em ação e seus resultados legais, sociais e econômicos. O evidente é que o poder da justiça norte-americana é impressionante, tão impressionante que, com muita frequência, é qualificado naquelas obras de "supremacia judicial", "oligarquia judicial" e "governo judicial".

As razões do emprêgo dessas expressões são claras. Em cada uma de suas sessões, os tribunais e, particularmente a Corte Suprema analisam a constitucionalidade das diversas classes de leis promulgadas no território nacional assim como dos atos do poder executivo em seus distintos setores e de entidades como a Comissão de Comércio Interestadual, o Conselho Nacional de Relações do Trabalho, etc. Em síntese, a Corte Suprema dos Estados Unidos chegou a ser, em primeiro lugar, um tribunal que decide questões constitucionais, e exerce uma função que, em geral, não é considerada como função judicial nem é exercida pela justiça de muitos outros países.

Na minha conferência de hoje quisera expor os antecedentes históricos dessa faculdade da justiça, do procedimento da revisão judicial e dos resultados legais, sociais e econômicos da dita revisão. Quisera também expor alguns dos projetos que têm havido, ao largo de nossa história, para limitar essa faculdade.

A Constituição escrita dos Estados Unidos não confere explicitamente ao judiciário nenhuma classe de faculdades para declarar a inconstitucionalidade de atos dos poderes legislativo ou executivo, o que tem levado muitos que se opõem à revisão judicial a afirmar que o judiciário usurpou a referida faculdade que os redatores da Constituição não tinham a intenção de conferir-lhe. Sem entrar a discutir o valor da argumentação oposta à revisão judicial, não creio que possa sustentar-se que a justiça tenha usurpado essa faculdade, nem que ao exercê-la desempenhe uma função que os redatores da Constituição não esperavam se exercesse. Anteriormente ao Congresso Constituinte, e muitos

anos antes do litígio entre *Marbury e Madison* em 1803, primeiro caso em que a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Congresso, existiam já precedentes da revisão judicial.

No período colonial, as disposições das legislaturas coloniais estavam sujeitas a uma revisão que declarava sua constitucionalidade, ou, para dizer de outra forma, sua compatibilidade com a carta colonial e as leis e princípios constitucionais da Grã Bretanha. Em vários casos declarou-se que eram incompatíveis. Quando as colônias se converteram em Estados Independentes conferiram amplas faculdades a suas legislaturas, porém, ainda nesse período houve muitos casos em que as ditas faculdades foram sujeitas à revisão por parte da justiça. Já em 1786, um ano antes do Congresso Constituinte, a Corte Suprema de Rhode Island declarou a inconstitucionalidade de uma lei daquele Estado.

Os dois projetos mais importantes propostos ao Congresso Constituinte dispunham sobre as formas de revisão das leis do Congresso Nacional e até dos Congressos ou legislaturas dos Estados. O de Virgínia, apoiado pelos grandes Estados, propôs que se outorgasse ao Congresso Nacional a faculdade de revisão das leis dos Estados e que se criasse ademais um Conselho de Revisão, formado pelo presidente da nação e por uns quantos magistrados da Suprema Corte, com faculdade para declarar a inconstitucionalidade de leis do Congresso Nacional.

O plano de New Jersey, apoiado pelos Estados pequenos, estabelecia também a revisão judicial. Nos debates do Congresso Constituinte aludiu-se várias vezes ao problema que se ventilaria no caso de o Congresso Nacional promulgar leis contrárias à Constituição, e muitos delegados adotaram a atitude de que, nesse caso, a justiça deveria declarar a sua inconstitucionalidade.

Esse mesmo problema ficou exposto em "Os Federalistas", coleção de ensaios que, como se sabe, foram escritos para apoiar a ratificação da Constituição e lograram ser muito lidos na época em que os Estados discutiam e apro-

vavam o trabalho do Congresso de Filadélfia. Em dois dêes sustenta-se claramente que se o Congresso promulgar uma lei contraria á Constituição, o ato da declaração de sua inconstitucionalidade não seria sòmente o exercício de uma função da justiça senão também que esta tinha a obrigação de realizá-lo.

Em 1789, depois de ficar organizado o novo govêrno, o Congresso sancionou uma lei relativa á organização e ao trabalho dos novos tribunais federais. Um inciso da aludida lei outorgou á Corte Suprema jurisdição em todos os casos em que um tribunal de um Estado declarasse que uma lei do Congresso era inconstitucional.

Vê-se claramente que, ao promulgar essa lei, o Congresso esperava que a Côte julgasse sôbre a constitucionalidade dessa classe de leis, pelo menos. Em 1803, a Côte Suprema declarava pela primeira vez, no litígio entre *Marbury e Madison*, a inconstitucionalidade de uma lei do Congresso Nacional.

A Constituição dos Estados Unidos enumera explicitamente no artigo terceiro os casos em que a Côte Suprema tem jurisdição, e na lei de 1789 havia autorizado o Congresso a estender essa jurisdição em casos que não estivessem incluídos naquela enumeração. O conflito entre essa lei e a Constituição era evidente. Ao decidir sôbre o caso, o magistrado Marshall, presidente da Côte Suprema, sustentou que o dever da Côte estava claro. A Côte Suprema devia cumprir a Constituição e sustentar que uma lei contrária a ela era nula e sem valor. Assinalou que a Constituição não permitia alternativa, pois no artigo VI prescreve que "esta Constituição e as leis promulgadas de acôrdo com ela serão as supremas leis da Nação".

Segundo o Juiz Marshall, êsse artigo estabelecia claramente que a supremacia reside na Constituição e não nas leis, e ademais indicava que aquêles que a redigiram desejavam explicitamente que as faculdades do govêrno ficassem limitadas às que a Constituição lhe conferia expressamente. Noutras palavras: se o govêrno — seja o poder

executivo, seja o legislativo — excedia-se em suas faculdades, a justiça tinha a clara obrigação de declarar a inconstitucionalidade dos atos em que se excedesse. No Congresso houve alguns protestos contra essa decisão, porém, como a maioria achou que a sentença era justa, não se intentou limitar as faculdades da Côte. Por outra parte, nem então nem depois promulgou o Congresso qualquer lei que reconhecesse essas faculdades.

Mais de cinqüenta anos passaram antes de que outra lei fôsse declarada inconstitucional. A Côte Suprema sentenciou em 1858, no caso *Dred Scott*, a inconstitucionalidade de uma lei nacional relativa à escravidão. Desde a guerra civil aumentara o número de casos em que se declarou a inconstitucionalidade de leis tanto nacionais como de Estados. O número das nacionais que se declarou terem ferido a Constituição ascende, até hoje, a mais de oitenta; o das do Estado passa de cem. Porém, o que se vê claramente é que, se bem a Constituição escrita não confira explicitamente à justiça a faculdade da revisão, segundo a interpretação e a prática constitucional, goza ela dessa atribuição e se necessitaria de uma solene emenda constitucional para limitá-la.

Todavia, relativamente à forma através da qual funciona a faculdade de revisão judicial, tem-se que notar várias coisas. Em primeiro lugar, a Côte Suprema dos Estados Unidos não emite opiniões sôbre a constitucionalidade das leis senão quando tem de sentenciar num litígio. Não opina independentemente dos litígios nem aconselha ao Congresso ou ao poder executivo sôbre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um projeto de lei. Em uns quantos Estados, a Côte Suprema Estadual emite opiniões anteriormente à promulgação das leis; porém, em geral, a única maneira de provar-se a constitucionalidade de uma lei nacional consiste em esperar-se que surja ante a justiça um litígio em que possa ser discutida.

Assim ocorre que, ainda que muitas vêzes a declaração de inconstitucionalidade de uma lei venha pouco depois de

sua promulgação, outras vezes transcorrem vários anos antes que isso aconteça. Compreende-se perfeitamente que isso provoca difíceis problemas jurídicos. Se uma lei é declarada inconstitucional muitos anos depois de haver sido promulgada, que efeitos produzirá essa declaração de inconstitucionalidade nos atos realizados de acôrdo com a lei em tempo em que estava em vigor e era presumidamente constitucional? Teòricamente, os juristas norte-americanos entendem que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, a justiça declara que semelhante lei jamais existiu e que foi inconstitucional e careceu de fôrça desde o momento de sua promulgação.

Todavia, essa teoria falha na prática. Cumprindo leis que posteriormente foram declaradas inconstitucionais realizaram-se eleições para cargos públicos, e as pessoas eleitas exerceram seu mandato. Outras vezes cobraram-se impostos e se gastou a arrecadação antes que a justiça tivesse declarado que as leis que os criaram eram inconstitucionais.

Não poderia expor em uma só conferência as multiplas ramificações dêsse problema. O que posso dizer é que hoje existe em meu país copiosa literatura jurídica sôbre os efeitos da inconstitucionalidade das leis. Quem se interesse pelo tema pode consultar a obra *Efeitos das leis inconstitucionais*, do prof. OLIVER FIELD, que é uma das melhores monografias sôbre a materia (*The Effects of an Unconstitutional Statute*).

Apesar da sentença em que a Còrte Suprema declara a inconstitucionalidade de uma lei sòmente se aplica ao caso concreto em litígio, produz ela efeito que impede a aplicação da aludida lei em todo território nacional. Em teoria, o presidente pode aplicar assim sua fôrça coercitiva, porém obrigar a cumpri-la seria ato pouco político e inóquo na prática. Pouco político, por que excitaria em oposição a opinião pública de todo o país. Inóquo, porque os tribunais de tòda a nação seguem a norma da Còrte Suprema e se negam a aplicar a lei em qualquer litígio. Ademais, qualquer cidadão poderia apelar para os tribunais do país e requerer que se im-

pedisse sua aplicação. Ao largo da maior parte de nossa história os poderes legislativo e executivo têm acatado decisões altamente impopulares da Còrte Suprema. E sua oposição tem girado sempre em tórno dos limites das faculdades ou da jurisdição da justiça, sem recorrer à ação para não aceitar essas decisões.

De acôrdo com o disposto na Constituição, tanto o poder executivo como o legislativo exercem certo contròle sôbre a justiça. O Presidente exercita-o mediante sua atribuição de nomear os magistrados da Còrte Suprema, nomeações que estão sujeitas à aprovação do Senado. Todos os juizes norte-americanos são nomeados pelo Presidente e, conforme a Constituição, o cargo é vitalício. E', pois, natural que, ao preencher as vagas, se incline o Chefe da Nação a nomear juizes cujas fundamentais opiniões filosóficas concordem com as suas. Como se sabe, as nomeações feitas pelo Presidente Roosevelt desde 1937 ilustram o que digô, pois, em geral, nomeou êle pessoas que participavam de suas opiniões liberais sôbre as faculdades do govêrno federal.

O Congresso tem uma terceira faculdade que consiste Estados Unidos. Em primeiro lugar pode processar os magistrados, faculdade que na prática carece de importância. O processamento de um magistrado tem que ser votado por duas têrças partes do Senado, e, dado o nosso sistema político de dois partidos, rara vez é possível contar com essa maioria, pelo que muito poucos foram os magistrados processados. Mediante o exercício de sua faculdade de aprovar ou vetar as nomeações de magistrados, o Congresso, quer dizer, o Senado, dispõe de outra maneira de intervir na justiça; e ainda que o Senado aprove geralmente as nomeações presidenciais para a Còrte Suprema, houve casos em que não lh'as deu o seu assentimento.

O Congresso controla de diversas maneiras a justiça dos em poder regular a jurisdição de todos os tribunais dos Estados Unidos. Essa faculdade é ilimitada com respeito a todos, menos relativamente à Còrte Suprema. A Constitui-

ção exprime especificamente a jurisdição original da Corte Suprema, e o Congresso não pode ampliá-la nem reduzi-la. Não obstante, a extensão da jurisdição da Corte Suprema em matéria de apelações depende do Congresso, que pode determinar em que casos se pode apelar. Por exemplo: durante o turbulento período que se seguiu à guerra civil, período que em nossa história se chama de "reconstrução", o Congresso sancionou várias leis relativas ao governo dos Estados que durante a guerra se haviam separado da União, e, temendo que a Corte Suprema as declarasse inconstitucionais, promulgou uma que negava à dita Corte competência para julgar em apelação casos que se produzissem de acordo com as referidas leis. A Corte Suprema acatou a vontade do Congresso nessa ocasião e se negou a intervir em qualquer desses casos. Uma Corte mais vigorosa teria podido declarar a inconstitucionalidade dessa lei, baseando-se em que o Congresso não pode ingerir-se nas faculdades da justiça sem violar a doutrina da separação dos poderes.

A última forma em que o Congresso intervém na justiça, especialmente, na Corte Suprema, consiste no exercício de sua faculdade de determinar o número de membros que devem compô-la. A Constituição não fixa. O art. três limita-se a dizer que haverá uma Corte Suprema e deixa ao Congresso essa determinação. O Congresso pode, em qualquer momento, aumentar o número de magistrados da Corte Suprema e, com certas limitações, reduzi-lo. Não pode, por causa das limitações constitucionais, depor qualquer de seus membros nem diminuir-lhes proventos nem faculdades. Sem embargo, pode dispor que em caso de falecimentos ou renúncias, as vagas não sejam preenchidas até que a Corte fique reduzida ao número de juizes que deseja a formem. O número de magistrados foi alterado assim várias vezes na história. Atualmente, por Lei de 1869, a Corte Suprema é composta de nove juizes. Como se sabe, o Presidente Roosevelt sugeriu em 1937 que fôsse aumentado esse número até um possível máximo de quinze, porém, o Congresso negou-se a aceitar a indicação.

A Corte Suprema atua em todas as sessões em forma de tribunal. Ouvidos os argumentos orais dos advogados das partes e lidas suas alegações escritas, considera ela o caso e sentencia. A sentença pode ser por unanimidade ou por maioria. Uma das causas de crítica à Corte Suprema reside no fato de, precisamente, em algumas decisões, cinco magistrados terem votado pela inconstitucionalidade de uma lei e os quatro restantes sustentado a sua constitucionalidade. São poucos os casos em que a Corte tenha votado dessa maneira, porém, em alguns deles, se tratava de importante legislação econômica e social.

Ao considerar a constitucionalidade das leis, a Corte Suprema tem expressado em muitas sentenças certas normas. Uma delas consiste em não se envolver em questões políticas tais como as de reconhecimento de governos estrangeiros por parte dos Estados Unidos ou as relativas às formas republicanas de governo de qualquer dos Estados da União.

Como segunda norma, a Corte tem enunciado com frequência que ao rever as leis não julga os motivos que teve o Congresso para sancioná-las nem o fato de ser a lei oportuna ou não, mas que unicamente considera sua constitucionalidade. Assim tem ela manifestado freqüentemente, mas muitos de seus críticos opinam que às vezes olvida a Corte essa limitação que se impôs e tem vetado leis, não porque violaram um preceito explícito da Constituição senão porque não concordaram com as opiniões políticas ou econômicas dos magistrados.

Em terceiro lugar, tem insistido a Corte Suprema em que não declarará a inconstitucionalidade de uma lei enquanto não se trate de um caso claro, acrescentando que, em caso de dúvida, resolverá em favor da coordenação dos poderes legislativo e executivo, sustentando a constitucionalidade da lei. Contudo, tampouco isso tem convencido críticos e o público em geral. Quando uma pessoa leiga na matéria vê que cinco ou seis magistrados afirmam solenemente que, em número relativamente reduzido de casos, a Corte ma-

afirmam com a mesma solenidade que ela é constitucional, entende que ficam dúvidas muito razoáveis sobre o caráter da lei. Afirmar o contrário equivale a dizer que três ou quatro dos magistrados são pouco razoáveis. Realmente, votações de cinco contra quatro ou de seis contra três não são as mais adequadas para que o povo tenha confiança nos tribunais.

Como se sabe, tem havido na história de meu país períodos em que se provocaram conflitos políticos entre a Corte Suprema e o poder legislativo ou o poder executivo. E só a um acidente histórico se deveu o fato de terem o Congresso e o Presidente da República enfrentado simultaneamente a Corte. Entre 1800 e 1805 houve conflitos entre o Presidente (Jefferson) e a Corte, e uma situação semelhante ocorreu durante a Presidência de Jackson. Entre 1865 e 1868 o conflito verificou-se entre o Congresso e a Corte, e o Presidente da República apoiava a Corte. Em 1936 ocorreu o conflito entre o Presidente da República (Roosevelt) e a Corte, ainda que o partido democrata tivesse maioria em ambas as câmaras o Congresso negou-se a apoiar o Presidente e a seguir teve a mesma decisão no tocante às sugestões sobre a limitação das faculdades da Corte.

As causas fundamentais desses conflitos consistem em que uma lei é constitucional e que outros três ou quatro manifestou-se em oposição à opinião aparente da maioria do povo dos Estados Unidos e declarou a inconstitucionalidade de leis aprovadas por grande maioria do Congresso. Muitas delas se referiam a problemas econômicos e sociais, e, na opinião de pessoas de maior prestígio, eram de urgente necessidade. Tenho dito que na história dos Estados Unidos somente umas oitenta leis foram declaradas inconstitucionais, porém, entre essas sentenças contam-se muitas que invalidaram uma lei de imposto de renda (que motivou a décima-sexta emenda da Constituição, convalidando leis semelhantes), e uma de fixação de salário mínimo, e outras que regulavam o trabalho de menores, a produção agrícola e as relações de trabalho dentro dos Estados. E o fato de que al-

gumas dessas sentenças foram adotadas por cinco votos contra quatro ou por seis contra três aumentava a oposição à Corte.

Há críticos que sustentam que o sistema de revisão judicial é incompatível com a forma democrática de governo e que a decisão de magistrados não responsáveis diretamente ante o Presidente, nem ante o Congresso, nem ante o povo, não deve prevalecer sobre a vontade deste, expressa por meio de seus representantes parlamentares.

Em apoio de sua tese citam muitos casos em que a Corte declarou a inconstitucionalidade de leis sancionadas para proteger os direitos e interesses de grande maioria do povo. Porém, em minha opinião, a maioria do povo norte-americano não participa dessa opinião. Creio que se em 1936, em 1866, em 1836 ou em 1804 se houvesse submetido a referendium popular a questão das faculdades da justiça para decidir se uma lei é constitucional ou não, a grande maioria dos votantes se inclinaria em favor da autoridade da Corte Suprema. São muitos, porém, os críticos que entendem que, ao invés de negar essa faculdade à Corte, dever-se-ia mudar o procedimento, suprimindo dessa maneira as causas da crítica.

Uns, partindo de que a anomalia fundamental é a de sentenças aprovadas por cinco contra quatro votos ou de seis contra três, propõem que a inconstitucionalidade de uma lei somente pode ser declarada por unanimidade de votos ou, pelo menos, por duas terças partes dos membros da Corte. As Constituições de alguns Estados contêm preceitos nesse sentido. Segundo a de Ohio, por exemplo, para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei promulgada pela legislatura do Estado necessitam-se os votos de seis dos sete membros da Corte Suprema do referido Estado.

A mudança de procedimento poderia fazer-se de duas maneiras. Uma delas seria a de se aprovar uma emenda na Constituição para se exigir, em questões de constitucionalidade de leis, uma extraordinária maioria de magistrados.

Contudo, como é difícil emendar nossa Constituição, duvido que alguma vez seja aprovada uma emenda nesse sentido. Mas esse processo de votação poderia ser adotado pela própria Corte Suprema que tem faculdade para ditar suas normas e preceitos, e, se uma maioria dos magistrados o desejar, poderia insistir em que as decisões em matéria constitucional sejam adotadas por mais do que uma simples maioria.

Várias vezes foi proposto também que o Congresso tivesse faculdades para reconsiderar uma lei depois que a Corte Suprema a declarasse inconstitucional. Noutras palavras, desta maneira seguir-se-ia um procedimento semelhante ao que se adota toda a vez em que o presidente veta uma lei, pois esta volta a ser reconsiderada antes do veto do Presidente. Os que propugnam esse sistema entendem que quando o decidirem duas terças partes do Congresso, este deveria ter a faculdade de voltar a considerar uma lei depois que foi ela declarada inconstitucional. Para isso seria preciso também modificar a Constituição.

Como disse antes, há nos Estados Unidos uma abundante literatura jurídica sobre as faculdades da Corte Suprema Federal em matéria de constitucionalidade das leis nacionais. Os que se opõem a elas entendem que o sistema de revisão não é democrático e citam casos em que a Corte Suprema invalidou leis que tendiam a proteger os direitos e as liberdades da maioria do povo. Os defensores da Corte insistem, por outro lado, em que até os representantes eleitos pelo povo podem atuar contra os seus interesses e que a revisão judicial das leis é necessária. Alegam, ademais, que muitos casos tem havido em que a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade de leis que lesavam os direitos do povo ou que ameaçavam as suas liberdades.

## Precisamos de novo Código Comercial?

*SUMARIO: Argumentos que respondem pela negativa no tocante à necessidade de codificação — A missão dos códigos — Experiência argentina — Não são os Códigos Comerciais instrumentos de progresso — Ilusório o chamado racionalismo que defende as codificações.*

EDUARDO DE MENEZES FILHO

Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas

Durante o centenário de vigência do nosso Código Comercial de 1850, profundas e extensas modificações têm sido realizadas por leis esparsas nos institutos que ele regula, e o direito escrito se tem enriquecido com inovações necessárias. Pouco resta do primitivo quadro de normas.

Ocorre perguntar se devemos lamentar que o legislador ainda não tenha acudido com uma codificação atualizada, que sistematize as instituições vigentes.

Penso que não carecemos de Códigos. Descreio das suas vantagens. Prefiro a mentalidade savignyana.

As codificações, considerada a integridade de seus preceitos, sempre têm vida efêmera. Subsistem os princípios básicos do direito em geral, a matéria que as circunstâncias de tempo e lugar não instabilizam. Mais facilmente a encontramos no direito civil e nos institutos comuns.

No âmbito do direito comercial surge freqüentemente a necessidade de reformas, de acomodações às mudanças de fatos econômicos. Estabilizar a legislação é deter o progresso.

Uma das mais imperiosas causas de alteração de normas do direito comercial está no alargamento do âmbito das atividades produtoras e distribuidoras, que caminham para a extensão internacional e intercontinental a impor a formação de unidades diretoras de negócios, dotadas de elementos de grande amplitude, que o indivíduo isolado não